

Drept privat într-o societate post-nationala: de la reglementarea ex post la reglementarea ex ante

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2012). Drept privat într-o societate post-nationala: de la reglementarea ex post la reglementarea ex ante. *Revista Romana de Drept European*, 6, 153-162.

Document status and date:

Published: 01/01/2012

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 05 May. 2023

REVISTĂ COTATĂ ÎN BAZE DE DATE INTERNAȚIONALE (BDI: HEINONLINE)

REVISTA ROMÂNĂ DE DREPT EUROPEAN

6/2012



Wolters Kluwer
Romania

Drept privat într-o societate post-națională: de la reglementarea *ex post* la reglementarea *ex ante*^{*}.

Jan M. SMITS^{**}

ABSTRACT

The focus of this paper is on three essential functions of private law: rulemaking, enforcement and dispute resolution. These are functions that do not only play a role in the core areas of contracts, tort and property, but also in related fields such as intellectual property law, corporate law, environmental law, competition law and cyberlaw – and arguably also outside of private law broadly understood. All these fields face similar problems of rulemaking (including the identification of the ‘right’ substantive legal norm), of enforcement and of dealing with (potential) conflicts. It will be shown that our legal thinking about all three functions is still State-centred and that there is a need to rethink them in view of globalisation and technological development. Even though it is obvious that this is no easy task – our way of thinking about law is so much shaped by the division of societies along the lines of nation-states that this is often seen as the natural form of organising things – it is possible to make an effort.

Keywords: *private law; globalisation; Europeanisation; rulemaking; enforcement; dispute resolution*

REZUMAT

Accentul articolului de față poartă asupra celor trei funcții esențiale ale dreptului privat: elaborare de norme, punere în executare și soluționare a litigiilor. Acestea sunt funcții care nu joacă doar un rol în materiile centrale ale contractelor, răspunderii delictuale și proprietății, ci și în domenii conexe, precum dreptul proprietății intelectuale, dreptul societăților comerciale, dreptul mediului, dreptului concurenței și dreptului tehnologiilor informației – și posibil în afara dreptului privat în sens larg. Toate aceste domenii se confruntă cu probleme

^{*} Articolul, purtând titlul „Private Law in a Post-National Society: from Ex Post to Ex Ante Governance” se republică în traducere cu acordul autorului său, căruia colegiul de redacție al R.R.D.E. dorește să îi mulțumească. [Traducere de Mihai Banu]

^{**} Profesor de drept privat european la Universitatea Maastricht și profesor invitat de studii de drept comparat la Universitatea din Helsinki. Contribuția de față are la origine prelegeri susținute la conferințele „Transnational Law – Rethinking Law and Legal Thinking” (Institutul Universitar European, 10-11 martie 2011) și „Rethinking Legal Thinking” (Universitatea din Helsinki, 26-28 august 2010).

asemănătoare privind elaborarea de norme (inclusiv identificarea normei de drept material „corecte”), executarea și soluționarea (potențialelor) conflicte. Se va arăta că gândirea noastră juridică privind cele trei funcții este încă etatistă și că este necesară reconsiderarea lor, ținând cont de globalizare și de evoluția tehnologică. Chiar dacă este evident că aceasta nu este o misiune ușoară – modul nostru de a gândi dreptul este atât de mult influențat de diviziunea societăților de-a lungul statelor națiune, încât acesta este frecvent considerat ca forma firească de organizare a lucrurilor – este posibil să se facă un efort.

Cuvinte-cheie: drept privat; globalizare; europenizare; elaborare de norme; executare; soluționare a litigiilor

1. Introducere

Accentul contribuției de față privind căutarea prin cooperare a unor rețele normative și de interpretare necesare în creionarea unui tablou al dreptului contemporan^[1] este pus asupra domeniului dreptului privat. Scopul meu este să arăt că, doar dacă ne îndepărtăm de dreptul material și analizăm rolul în schimbare al dreptului însuși, putem înțelege principalele schimbări induse de globalizare și europenizare în acest domeniu. Susțin că, drept consecință a globalizării economice în creștere și a progresului tehnologic, puterea dreptului emanat de stat de a governa raporturi între particulari este în regres și, în consecință, pentru a evita cât mai mult posibil aplicabilitatea dreptului (predeterminat) emanat de stat, actorii privați se îndreaptă din ce în ce mai mult spre tipuri diferite de norme. Descriu aceasta ca evoluție de la reglementarea *ex post* la reglementarea *ex ante* a raporturilor private.

Este clar că această mutație este una dintre multele evoluții generate de europenizarea și globalizarea dreptului privat, în creștere. Apariția dreptului transnațional este reflectată, de asemenea, în schimbări ale dreptului material (limitate totuși în mare măsură la influența europeană^[2], drept consecință a absenței unor instituții cu semnificație globală în acest domeniu), în percepțiile cu privire la rolul justiției sociale^[3], în erodarea distincției între public și privat^[4] și într-o orientare spre un drept privat mai instrumental (care privește Uniunea Europeană, fără a se limita la ea)^[5]. Deși aceste evoluții sunt importante, ele nu sesizează în mod

[1] K. Tuori, „Towards a Theory of Transnational Law”, în prezentul volum.

[2] A se vedea pentru o prezentare recentă R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, American Journal of Comparative Law, vol. 57, 2009, 479-512.

[3] A se vedea, de exemplu, *Study Group on Social Justice in European Private Law*, „Social Justice in European Contract Law: A Manifesto”, în European Law Journal, vol. 10, 2004, 653-674, și P. Zumbansen, *Law after the Welfare State: Formalism, Functionalism, and the Ironical Turn of Reflexive Law*, în American Journal of Comparative Law, vol. 56, 2008, 769-808.

[4] Cf. contribuția lui H.-W. Micklitz în cartea de față, și, de exemplu, M. Freedland, „The evolving approach to the public/private distinction in English law”, în M. Freedland și J.-B. Auby (ed.), *The Public Law/Private Law Divide: Une entente assez cordiale?* (Oxford: Hart Publishing, 2006), 93-108, și F. Bydlinski, *Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht*, în Archiv für die civilistische Praxis, vol. 194, 1994, 319-351.

[5] Cf. H.-W. Micklitz, *The Visible Hand of European Regulatory Private Law*, în Yearbook of European Law, vol. 28, 2010, 3-60. A se vedea pentru acestea și alte evoluții, R. Michaels și N. Jansen, *Private Law beyond the State? Europeanization, Globalization, Privatization*, în American Journal of Comparative Law, vol. 54, 2006, 843-890; N. Jansen și R. Michaels, *Private Law and the State: Comparative Perceptions and Historical Observations*, în Rabels Zeitschrift, vol. 71, 2007, 345-397, și numărul special din American Journal of Comparative Law, vol. 56, 2008, 527-844.

complet influența reală a transnaționalizării. Din punctul meu de vedere, cel mai important aspect al desnaționalizării dreptului este acela că *dreptul însuși* este înlocuit cu alte mecanisme menite să atingă obiective similare. Contribuția de față plasează în centrul atenției această „legalitate distribuită” dincolo de drept^[6].

Dintr-un punct de vedere metodologic, singura modalitate de a trage concluzii cu privire la rolul în schimbare al dreptului este adoptarea unei perspective care este exterioară dreptului însuși. Metoda utilizată în această contribuție este așadar una funcțională: presupunerea este aceea că dreptul privat îndeplinește anumite funcții și că modul în care aceste funcții sunt îndeplinite nu doar că evoluează în timp, dar poate fi diferit în funcție de loc^[7]. Această abordare ne permite să înțelegem dreptul ca singura variantă posibilă de atingere a unui anumit obiectiv referitor la societate. Acesta este și motivul pentru care termenii precum „drept transnațional” sau „drept global” pot induce în eroare^[8]: în măsura în care ei sugerează o îndepărtare de la ceea ce William Twining denumește „teorii ale cutiei negre”, întemeindu-se pe coexistența unor ordini juridice naționale diferențiate teritorial^[9], ei se referă doar la o schimbare a dreptului însuși, iar nu a funcției pe care o are dreptul într-o societate post-națională. Prefer așadar termenul „transnaționalizare” termenului „desnaționalizare”.

**drept transnațional |
drept global |**

Accentul meu poartă asupra celor trei funcții esențiale ale dreptului privat: elaborare de norme, punere în executare și soluționare a litigiilor. Acestea sunt funcții care nu joacă doar un rol în materiile centrale ale contractelor, răspunderii delictuale și proprietății, ci și în domenii conexe, precum dreptul proprietății intelectuale, dreptul societăților comerciale, dreptul mediului, dreptului concurenței și dreptului tehnologiilor informației – și posibil în afara dreptului privat în sens larg^[10]. Toate aceste domenii se confruntă cu probleme asemănătoare privind elaborarea de norme (inclusiv identificarea normei de drept material „corecte”), executarea și soluționarea (potențialelor) conflicte. Se va arăta că gândirea noastră juridică privind cele trei funcții este încă etatistă și că este necesară reconsiderarea lor, ținând cont de globalizare și de evoluția tehnologică. Chiar dacă este evident că aceasta nu este o misiune ușoară – modul nostru de a gândi dreptul este atât de mult influențat de diviziunea societăților de-a lungul statelor națiune, încât acesta este frecvent considerat ca forma firească de organizare a lucrurilor^[11] – este posibil să se facă un efort.

^[6] M. Galanter, *Delivering Legality: Some Proposals for the Direction of Research*, în *Law and Society Review*, vol. 11, 1976, 225-247.

^[7] Pentru un efort asemănător în domeniul dreptului constituțional: J.L. Dunoff și J.P. Trachtman, *A Functional Approach to International Constitutionalization*, în *idem* (ed.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009), 3-35. Înțeleg că această abordare funcțională impune în cele din urmă o definiție a ceea ce constituie dreptul într-o societate globală. Pentru această chestiune și pentru modul în care se află în legătură cu funcționalismul, a se vedea W. Twining, *General Jurisprudence: Understanding Law from a Global Perspective* (Cambridge University Press, Cambridge, 2009), pp. 88 și urm.

^[8] Cf. definiției (prea restrictivă) a lui Jessup privind dreptul transnațional ca „întregul drept care reglementează acțiuni sau evenimente care transcend frontierele naționale”. A se vedea Ph.C. Jessup, *Transnational Law* (Yale University Press, New Haven, 1956), 2.

^[9] W. Twining, *Globalisation and Legal Theory* (Cambridge University Press, Cambridge, 2000), 8.

^[10] Nu fac nicio încercare de a defini suplimentar dreptul privat, alta decât faptul că el privește reglementarea raporturilor dintre actori privați. Cu privire la variile modalități de definire a dreptului privat: Michaels și Jansen, „Private Law beyond the State?”, 846 și urm.

^[11] Cf. A. Wimmer și N. Glick Schiller, *Methodological Nationalism and Beyond: Nation-State Building, Migration and the Social Sciences*, în *Global Networks*, vol. 2, 2002, 301-334, la 304.

2. Elaborarea de norme: orientarea înspre norme private și alegerea dreptului

Raportul dintre elaborarea de norme și dreptul privat este unul interesant. Spre deosebire, de exemplu, de situația dreptului administrativ și a dreptului penal, părțile sunt libere, în principiu, să decidă cum doresc să își determine raportul lor bipolar. Aceasta se reflectă în natura celor mai multe norme de drept privat adoptate de legiuitorii naționali: aceste norme conțin într-o mare măsură doar drept în parametri inițiali, însemnând că părțile pot deroga în cazul în care preferă astfel. Este adevărat că această libertate este restricționată de ordinele publice ale legiuitorilor naționali, însă acestea vizează rareori valori sociale externe^[12]. Este acceptat, în general, că obiectivul principal al materiilor care constituie dreptul privat nu este acela de a urmări redistribuirea averii ori vreun alt obiectiv politic^[13]. Aceasta implică faptul că, spre deosebire de materii în care interesul public are o importanță peremptorie, motivul pentru care legiuitorul național produce norme pentru facilitarea actorilor privați trebuie să fie cel puțin parțial diferit față de alte materii de drept.

Par a exista trei motive pentru care un legiuitor național are capacitatea de a adopta norme de drept privat. În primul rând, el poate oferi legitimitate democratică normelor aplicabile, prin existența unei proceduri parlamentare. În al doilea rând, elaborarea de norme la nivel național poate ajuta la unificarea legislației anterior divergente, nu doar dintr-o perspectivă a urmăririi egalității între cetățeni și a nevoilor economice (crearea unei piețe), ci și pentru a contribui la construcția națională^[14]. În tradiția de drept civil, codificarea îndeplinește în mod tradițional ambele funcții^[15]. A treia funcție a elaborării de norme este fără îndoială chiar mai importantă: aceea de a oferi informații cu privire la drept într-un astfel de mod încât să fie ușor accesibil și previzibil, contribuind astfel la securitatea juridică, iar, prin aceasta, la stabilitatea și raționalitatea dreptului^[16]. În tradiția de drept civil, codificarea este cel mai important mod de a realiza aceasta, însă și în tradiția dreptului cutumiar [*common law*] și în tradiția dreptului nordic, elaborarea de norme la nivel național (prin intermediul instanțelor supreme și prin legi specifice) contribuie la accesibilitatea și securitatea dreptului.

Întrebarea este dacă aceste funcții de oferire a legitimității, uniformității și securității juridice sunt îndeplinite încă în prezent în cel mai bun mod posibil prin intermediul elaborării de norme la nivel național. Am susținut în altă parte că, pentru motive normative, aceasta nu mai este situația în mod necesar în cadrul Uniunii Europene^[17]. Argumentul se aplică însă și la nivel global. Dacă luăm ca exemplu funcția importantă de oferire de accesibilitate și securitate a dreptului, este clar că statele naționale nu mai pot garanta aceasta. Dacă trebuie descris prin ce norme

^[12] Cf. H. Dagan, *The Limited Autonomy of Private Law*, în *American Journal of Comparative Law*, vol. 56, 2008, 809-833, la 823.

^[13] Cf. Ch. Fried, *Contract as Promise* (Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1981), 106; a se vedea totuși Study Group on Social Justice, „Manifesto”, 653.

^[14] A se vedea recent J.M. Smits, *What Do Nationalists Maximise? A Public Choice Perspective on the (Non-)Europeanisation of Private Law*, în *European Review of Contract Law*, vol. 8, 2012, 296-310.

^[15] Cf. J. Maillet, *The historical significance of French codifications*, în *Tulane Law Review*, vol. 44, 1969-1970, 681-703.

^[16] A se vedea pentru detalii J.M. Smits, „Codification without Democracy? On the Legitimacy of a European (Optional) Code of Contract Law”, în Ch. Joerges și T. Ralli (ed.), *European Constitutionalism without Private Law – Private Law without Democracy?* (RECON Report No. 14, Oslo, 2011), 127-140.

^[17] A se vedea J.M. Smits, *Democracy and (European) Private Law: a Functional Approach*, în *European Journal of Legal Studies*, vol. 2, 2009, 26-40.

drepturile și obligațiile actorilor privați sunt influențate în lumea actuală, dreptul național joacă doar un rol limitat. Norme relevante sunt regăsite din ce în ce mai mult în produsele legiuitorilor europeni și internaționali, dar și în reglementarea privată^[18]. În plus, elementul central al globalizării economice este acela că părțile sunt din ce în ce mai active pe o piață globală, în care utilizarea propriului drept național devine frecvent caducă.

Accentul acestei contribuții nu este asupra consecințelor normative ale acestei modificări a importanței relative a elaborării de norme la nivel național, ci asupra semnificației acestei stări de lucruri pentru conduita actorilor privați. Susțin că, în cazul în care cererea privind securitatea juridică nu mai poate fi realizată de statele naționale, părțile ocolesc dreptul statal și se îndreaptă spre ordini create pe cale privată. Aceste ordini nu includ doar sisteme funcționale mari precum dreptul comercial internațional (*lex mercatoria*) sau dreptul transnațional al sportului (*lex sportiva*)^[19], ci și utilizarea unor condiții generale în operațiuni între întreprinderi și consumatori și elaborarea de norme pe cale privată în anumite tipuri de comerț^[20]. Aceste regimuri private oferă ceea ce nu poate oferi o ordine juridică națională: un set de reguli care nu este limitat teritorial^[21]. Părțile pot recurge încă în mod alternativ la dreptul de stat, însă nu în mod necesar la cel al propriei jurisdicții, aplicabil în mod predefinit. În schimb, ele aleg o lege străină ca aplicabilă unui anumit aspect determinat al activităților lor^[22]. În ambele situații, furnizarea bunului public al securității juridice este influențată în mare măsură chiar de actori privați. Aceasta înseamnă că, în vederea evitării aplicabilității automate și *ex post* a dreptului național predefinit, actorii înlocuiesc *ex ante* acest drept cu reguli în funcție de preferința lor. Aceasta implică faptul că rolul dreptului se modifică în mod fundamental: în loc să se întemeieze pe norme dispuse de legiuitorul democratic național, dreptul (dispozitiv) predefinit este considerat drept unul dintre alte posibile seturi de reguli care pot fi neaplicate, dacă este necesar. Această evoluție poate fi explicată cu ușurință: dacă oferta (legiuitorul statal sau european) nu asigură accesibilitate la drept, cererea (actorii privați) preiau controlul.

piață globală |
drept național |
lex mercatoria | *lex sportiva*

Un aspect al acestei evoluții spre reglementarea privată și alegerea dreptului merită atenție specială: rolul informațiilor. În prezent, nu orice parte are posibilitatea înlocuirii recurgerii *ex post* la legislație predefinită cu o alegere *ex ante* a unui regim juridic privat sau a unui drept străin, pur și simplu pentru că nu dispune de informațiile necesare pentru a realiza o atare alegere. În practică, doar societățile și particularii cu resurse se pot angaja în acest tip de conduită. La sfârșitul secolului al XVIII-lea, Jeremy Bentham a deplâns că dreptul englez era accesibil doar unui mic grup de persoane, ceea ce l-a determinat să se pronunțe în favoarea codificării și

[18] Cf. G. Teubner, *Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems*, în *American Journal of Comparative Law*, vol. 45, 1997, 149-169, la 157.

[19] Cf. Michaels și Jansen, „Private Law beyond the State?”, 869 și urm.

[20] Industria diamantelor este un exemplu binecunoscut: a se vedea L. Bernstein, *Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry*, în *Journal of Legal Studies*, vol. 21, 1992, 115-157.

[21] A se vedea și G.-P. Calliess, „The Future of Commercial Law: Governing Cross-Border Commerce”, în Sam Muller și alții (ed.), *The Law of the Future and the Future of Law* (Torkel Opsahl Academic EPublisher, Oslo, 2011), 233-243, la 235, și V. Gessner, „Towards a Theoretical Framework for Contractual Certainty in Global Trade”, în Volkmar Gessner (ed.), *Contractual Certainty in International Trade* (Hart Publishing, Oxford, 2008), 3-27.

[22] Referința clasică este E. O'Hara și L. Ribstein, *The Law Market* (Oxford University Press, Oxford, 2009). Pentru o demonstrație de ordin empiric a măsurii în care părțile se retrag în raport cu propriile legislații, a se vedea „Oxford Civil Justice Survey”, la adresa <http://denning.law.ox.ac.uk/iecl/ocjsurvey.shtml>

cognoscibilității dreptului pe care aceasta ar fi atras-o^[23]. Se poate susține prea bine că situația actuală nu este mult mai bună: chiar dacă oamenii au o anumită idee cu privire la propriul lor drept național, ei sunt agnostici în privința posibilităților de a se retrage de la aplicarea lui. Sunt de acord cu Richard Susskind că aceasta impune punerea la dispoziție de „sisteme de îndrumare juridică online, directe și practice”, care să informeze oamenii cu privire la drept^[24]. În realizarea unor astfel de sisteme, tehnologia poate juca un rol important. Din punctul meu de vedere, ele nu ar trebui să se limiteze doar la a oferi informații juridice, ci ar trebui să permită utilizatorilor proprii și să compare diferite jurisdicții naționale și regimuri private în bună măsură precum în prezent este deja posibil prin paginile de internet destinate comparării^[25] și prezentării^[26] de produse. Aceasta impune elaborarea unor criterii de comparat și de clasare a unor întregi jurisdicții sau a unor părți determinate ale acestora^[27].

3. De la executarea etatistă la autoexecutare

A doua funcție tradițională a statului este aceea de facilitare a executării dreptului privat aplicabil. Într-o perspectivă westphaliană, statul are atât monopolul elaborării de norme materiale, cât și pe cel al executării acestor norme prin intermediul instanțelor naționale. În timp ce primul monopol se erodează rapid (precum tocmai am văzut), al doilea există încă în mare măsură: executarea dreptului rămâne în esență la nivelul instituțiilor naționale (sau al agențiilor europene care sunt mandatate cu această sarcină). Aceasta este ușor de înțeles: în timp ce problemele curente pot fi din ce în ce mai globale, instituțiile noastre nu sunt. Este chiar inerent executării faptul că el are loc prin instituții de stat, fie la inițiativa statului însuși, fie prin actori privați care inițiază acțiunea în instanțe^[28]. Actorii privați și alți emitenți internaționali de norme trebuie să recurgă astfel încă la instanțele naționale pentru a permite destinatarilor acelor norme să își valorifice propriile drepturi.

Această veche abordare jurisdicțională, întemeiată pe împărțirea teritorială de competențe, complică executarea în cauze transfrontaliere. O parte activă pe piața europeană sau globală ar dori să își poată valorifica drepturile prin sesizarea unei singure instanțe judecătorești care să pronunțe o hotărâre cu autoritate pentru întreaga piață. Aceasta nu este totuși situația în general. Deși se încearcă depășirea limitărilor teritoriale ale abordării tradiționale prin tehnici de drept internațional privat^[29], aceasta nu oferă o soluție foarte atrăgătoare. În timp ce legiuitorul european este competent în prezent să acționeze în domeniul justiției civile și poate,

^[23] Cf. J. Bowring (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, vol. IV (Edinburgh: William Tait, 1843), la 454, și R.C. van Caenegem, *Judges, Legislators and Professors: Chapters in European Legal History* (Cambridge University Press, Cambridge, 1987), 161.

^[24] R. Susskind, *The End of Lawyers? Rethinking the Nature of Legal Services* (Oxford University Press, Oxford), 234; cf. J.M. Smits, *Private Law 2.0: On the Role of Private Actors in a Post-National Society* (HiiL și Eleven International Publishing, Haga, 2011).

^[25] A se vedea, de exemplu, www.pricerunner.co.uk și www.kelkoo.com

^[26] A se vedea, de exemplu, www.epinions.com și www.booking.com

^[27] O metodă (mult disputată) de comparare a jurisdicțiilor este cercetarea măsurii în care ele facilitează activitățile comerciale: a se vedea World Bank Doing Business 2012, la adresa www.doingbusiness.org. Avem nevoie de mai multe clasificări urmând criteriile diferite.

^[28] Nu sunt convins aici în privința aspectului a ceea ce constituie combinația optimă între executarea publică și privată, precum se discută în special în dreptul (european) al concurenței și în cel al consumatorilor.

^[29] În Uniunea Europeană în particular prin Regulamentele Roma I, Roma II și Roma III privind obligațiile contractuale (593/2008), obligațiile necontractuale (864/2007) și, respectiv, divorțul și separarea de corp (1259/2010).

de exemplu, extinde jurisdicția internațională a instanțelor naționale și spori recunoașterea reciprocă, aceasta este mult mai dificil de realizat la nivel global, de vreme ce impune ca fiecare stat individual să își modifice propria legislație. Așadar, judecarea unei cauze internaționale într-o instanță națională este considerată frecvent ca „neproductivă”^[30]. Arbitrajul și medierea (discutate în secțiunea următoare) nu oferă o soluție reală la această problemă de executare, întrucât ele depind încă de instanțele statale, atunci când este vorba despre executarea sentinței arbitrale sau a acordului de mediere.

Este așadar mult mai probabil că, drept consecință a transnaționalizării, se produce un fenomen asemănător celui pe care l-am observat în domeniul elaborării de norme. În cazul în care cererea pentru executarea eficace nu poate fi realizată prin intermediul dreptului de stat, părțile se vor îndrepta spre alte tipuri de executare sau pot adopta instrumente care să le permită evitarea completă a executării. Un mecanism important (întemeierea *ex ante* pe reputație în locul abordării *ex post* a legii) împiedică complet o parte să încheie o operațiune; el va fi discutat în următoarea secțiune. Accentul meu aici este asupra modului de utilizare a așa-numitelor acorduri de autoexecutare^[31]. Ceea ce ar fi de așteptat să se întâmple în absența unei executări globale constructive este ca o parte să decidă dacă dorește să își asume riscul de a iniția sau continua o relație cu alte părți și să conceapă propriile mecanisme practice de garantare că ea nu are nevoie de drept în cazul în care lucrurile evoluează nefavorabil. Aceasta nu ar însemna că o parte dorește să își execute obligațiile, dacă a primit o plată în avans ori un alt tip de garanție, că cealaltă parte își va îndeplini în fapt obligațiile. Aceasta a fost confirmată recent în cercetarea empirică privind industria programelor informatice, realizată de Thomas Dietz^[32]. Dietz susține că, în funcție de evoluția proiectului, părțile tind să se înțeleagă în privința rezultatelor și a plății în tranșe. Odată ce ultimul eveniment marcant este încheiat, iar o parte depinde încă de cealaltă parte pentru îndeplinirea posibilelor deficiențe, ea tinde să amâne ultima plată cât mai mult posibil sau să decidă să efectueze o nouă comandă către aceeași parte. Dietz concluzionează că „[părțile] concep schimbul într-un astfel de mod încât contractele sunt executate fără intervenție externă”^[33].

jurisdicție internațională |
acorduri de autoexecutare |
garanție

Poate fi adevărat că nu se poate recurge la acest mecanism de autoexecutare în orice împrejurări. El joacă un rol important mai curând în operațiunile aferente unor relații și în cazul în care părțile se cunosc deja (precum în acordurile de franciză, distribuție și agenție), decât în schimburile unice ale părților încheiate la distanță (precum într-un contract unic de vânzare)^[34]. În aceste cazuri, el oferă totuși o alternativă viabilă la executarea juridică prin intermediul statului. Într-un mod asemănător celui în care întemeierea *ex post* pe legislație predeterminată este înlocuită cu reglementare

[30] A se vedea M. Scheltema, „Does CSR need more (effective) private regulation in the future?”, în Sam Muller și alții (ed.), *The Law of the Future and the Future of Law*, vol. 2 (Torkel Opsahl EPublisher, Oslo, 2012), în curs de apariție.

[31] Cf. L.G. Telser, *A Theory of Self-enforcing Agreements*, în *The Journal of Business*, vol. 53, 1980, 27-44.

[32] Th. Dietz, „Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks in International Trade: An Empirical Investigation into Cross-Border Contracts in the Software Industry”, în *Law & Social Inquiry*, vol. 37, 2012, 25-57, la 43 și 47.

[33] Th. Dietz, „Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks”, la 54.

[34] Cf. D.C. North, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance* (Cambridge University Press, Cambridge, 1990), 55: „Starea cea mai probabilă și într-adevăr perceptibilă empiric în care contractele sunt autoexecutorii este aceea în care părțile au cunoștințe despre cealaltă parte. [...] În aceste condiții, este pur și simplu profitabil pentru acorduri. Într-o atare lume, cheltuielile măsurate ale operațiunilor sunt foarte reduse, drept consecință a interacțiunii între rețele sociale dense. Înșelăciunea, absenteismul, toate problemele organizației industriale moderne, sunt limitate sau într-adevăr absente întrucât nu sunt profitabile”.

privată sau cu alegerea dreptului (precum am văzut în secțiunea 2), chiar posibilitatea de a obține executarea unui acord în instanțe este ocolită prin mecanismul autoexecutării.

4. De la soluționarea litigiilor la întemeierea pe rețele întemeiate pe reputație

Soluționarea litigiilor este a treia funcție a dreptului de stat, identificată anterior ca element esențial al unui sistem funcțional de drept privat. Accesul efectiv la justiție nu este doar garantat în cele mai multe constituții naționale, ci el este precizat și la art. 6 alin. (1) din Convenția europeană pentru apărarea drepturilor omului și a libertăților fundamentale. Deși aceasta confirmă marea importanță acordată acestui principiu, nu se poate afirma că statele naționale pun la dispoziția actorilor privați o formă atractivă de soluționare a litigiilor, în special nu într-o situație transfrontalieră. Reprezintă un refren cunoscut că, în pofida globalizării comerțului, a preocupărilor de mediu, a concurenței între societăți comerciale etc., la nivel global nu există un drept comercial, un drept al vânzărilor către consumatori, un drept al mediului sau un drept al concurenței. Această absență este resimțită în special atunci când este vorba despre o soluționare eficientă a litigiilor. Galf-Peter Calliess susține acest aspect în următorul mod: „instanțele de stat sunt lente (de exemplu, drept consecință a căilor de atac), inflexibile (de exemplu, în privința limbii de procedură), parțiale (așa-numita propensiune pentru statul de origine în raport cu străinii), prea scumpe (de exemplu, în privința acțiunilor cu valoare redusă), neviabile (de exemplu, în privința executării de hotărâri străine) sau chiar corupte (de exemplu, în țări subdezvoltate)”^[35].

Aceste deficiențe ale sistemului instanțelor de stat conduc în mod gradual la două schimbări diferite. Prima este o evoluție de la utilizarea instanțelor de stat în soluționarea litigiilor înspre forme de justiție privată. Acestea includ arbitrajul, medierea și alte tipuri de soluționare alternativă a litigiilor. Apariția soluționării online a litigiilor este evoluția care se află probabil în legătura cea mai strânsă cu globalizarea comerțului. Regimurile eficiente și rapide de soluționare a litigiilor, oferite de eBay și de alte societăți de pe internet^[36], nu sunt doar populare, ci conduc și la inițiative ale unor instituții oficiale de a crea chiar ele „instanțe electronice” [„cyber-courts”] pentru a rămâne competitive pe piața justiției civile. În special în litigii contractuale între consumatori și comercianți, soluționarea extrajudiciară online este considerată o alternativă potrivită la sistemul judiciar de stat, costisitor și lent^[37].

A doua schimbare este, din punctul meu de vedere, chiar mai importantă. Ea este evoluția graduală de la soluționarea litigiilor spre evitarea litigiilor. Actorii privați preferă abordarea dificultăților ridicate de globalizare prin înlocuirea recurgerii lor *ex post* la instanțe (sau la alți furnizori externi de justiție) printr-o evitare *ex ante* a posibilelor litigii. Încă o dată, asemenea elaborării de norme și executării, în cazul în care dreptul național nu mai este cerut, iar dreptul global nu există, sunt urmărite mecanisme alternative pentru ordonarea raportului. Aceste mecanisme permit unei părți să evalueze riscul celeilalte părți, prestabilit, înainte chiar de a încheia operațiunea.

^[35] Calliess, „The Future of Commercial Law”, 236.

^[36] A se vedea <http://resolutioncenter.ebay.com> și, de exemplu, www.modria.com și www.e-court.nl. Cu privire la această evoluție, în general: Susskind, *The End of Lawyers?*, at 217 și urm.

^[37] A se vedea și recenta propunere a Comisiei Europene pentru un Regulament privind soluționarea on-line a litigiilor în materie de consum (Regulament privind SOL în materie de consum), COM (2011) 794.

Nu este surprinzător că rețelele sociale joacă în mod tradițional un rol important în acest proces alternativ de ordonare. David Charny scria în 1990: „O soluție pentru controalele eficace privind reputația este un sistem de transmitere de informații relevante participanților de pe piață. [...] Executarea colectivă referitoare la reputație ar trebui să funcționeze adecvat [...] pe piețe limitate de grupuri reduse, omogene de indivizi care se află în contact frecvent și care împart informații relevante. Aceste piețe sunt, desigur, relativ rare. În schimb, piețele mari, întemeiate pe titluri de reputație sunt fezabile doar prin intermediul tehnologiei care comunică în mod ieftin informații unor mari grupuri de operatori [...]”^[38].

Cel mai interesant aspect al acestei perspective este că ceea ce în 1990 era încă imposibil a devenit posibil în prezent: drept consecință a creșterii internetului, rețelele întemeiate pe reputație nu mai trebuie să recurgă la contacte sociale strânse.

Necunoscuți pot recurge adesea la fiabilitatea altor părți prin intermediul unor pagini de internet care oferă informații cu privire la conduita lor anterioară. Altfel spus: încrederea necesară între persoane care nu se cunosc nu este creată în mod necesar

spațiul electronic |
standardizare profesională |
internet

prin drept, ci se poate naște și prin rețele de reputație, a căror creare este ajutată de noile tehnologii. În schimb, în absența unui drept global, creșterea operațiunilor din spațiul electronic sporește nevoia de instrumente de creare a încrederii^[39]. Acestea variază de la punerea în practică a înregistrării numelui de domeniu până la soluționarea litigiilor prin organisme private precum „Internet Corporation for Assigned Names and Numbers” (ICANN) și la utilizarea de coduri și certificate digitale^[40] pentru pagini de internet care identifică rău platnicii^[41], părți care urmăresc mituirea^[42] sau părți care nu acționează în conformitate cu coduri privind răspunderea socială a societăților comerciale^[43]. Aceste instrumente mai noi de creare a încrederii urmează modalităților mai tradiționale prin care părțile apreciază fiabilitatea unei alte părți (străine). În cazul unor societăți comerciale mai mari, fiabilitatea poate fi apreciată pe temeiul informațiilor de la organisme de standardizare profesională (precum ISO), însă este mai probabil ca o parte să întreprindă ea însăși o verificare privind fiabilitatea printr-o vizită fizică^[44] sau prin verificarea paginii de internet a societății. Consumatorii care cumpără de la vânzători profesioniști necunoscuți de pe internet este probabil să efectueze o căutare inițială pe internet pentru a obține informații cu privire la reputația celeilalte părți sau, în mod alternativ, pot recurge la certificate de siguranță emise de către asociații ale vânzătorilor electronici cu amănuntul^[45].

^[38] D. Charny, *Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships*, în *Harvard Law Review*, vol. 104, 1990, 373-467, la 373.

^[39] Cf. G.K. Hadfield, „Delivering Legality on the Internet: Developing Principles for the Private Provision of Commercial Law”, în *American Law and Economics Review*, vol. 6, 2004, 154-184, la 155: „Cum poate exista încredere într-o entitate care nu dispune de niciun spațiu fizic sau care rezidă în afara jurisdicției executării locale a dreptului în scopul protejării seriilor cardului de credit sau livrării de mărfuri sau servicii de calitate?”

^[40] Hadfield, „Delivering Legality”, la 156 și urm.

^[41] A se vedea <https://creditorwatch.com.au>

^[42] A se vedea www.ipaidabribe.com

^[43] A se vedea www.business-humanrights.org și www.rankabrand.com

^[44] Modul în care se poate realiza aceasta este ilustrat de Dietz, *Contract Law, Relational Contracts, and Reputational Networks*, la 39 și urm. Într-un interviu cu o societate comercială germană care studia posibilitatea de a desfășura activități în România: „Dacă cineva investește o anumită sumă de bani pentru a dezvolta o afacere, el arată că va fi serios. Aceeași este situația cu societăți din România. De regulă, după ce le contactez, ce mai faceți, cât de mulți angajați aveți, 70, ok. Aveți sediu? «Da». Acesta este motivul pentru care avem un sediu atât de elegant; avem camere video în exterior, toate tipurile de rețele adecvate. Aceasta este o investiție de două milioane de euro. Dacă am investit atâția bani în mediu, aceasta înseamnă că am capacitatea de a face un lucru atât de bun”.

^[45] A se vedea, de exemplu www.thuiswinkel.org olandeză și www.fevad.com franceză.

O altă sursă importantă de informații cu privire la fiabilitatea celeilalte părți sunt mecanismele de răspuns online, precum cele care există pe eBay, care încurajează cumpărătorii și vânzătorii să își acorde reciproc calificative^[46].

Trebuie subliniat că nu este nimic nou în privința rețelelor de reputație care asigură o formă alternativă a ordonării actorilor privați. Economistul Avner Greif a arătat în mod convingător că originile comerțului la distanță rezidă în eforturi de a surmonta problema unei lipse de încredere între persoane care se află la distanță una de cealaltă^[47]. În absența unei ordini juridice funcționale, comercianții au încercat întotdeauna să surmonteze această problemă prin informarea reciprocă cu privire la parteneri potențiali și prin înțelegeri informale de excludere de la viitoare operațiuni. Dreptul are importanță extremă într-o societate politică sancționată de forța organizată^[48], însă, actuala societate globalizată, fragmentată teritorial, nu poate fi calificată ca atare.

5. Concluzii: Importanța „legalității” fără drept

Această contribuție a elucidat într-o anumită măsură modul în care rolul dreptului se află în curs de schimbare, drept consecință a globalizării și progresului tehnic. Ea arată cum perspectiva tradițională a dreptului ca produs de ordini juridice ale diferitelor state naționale, fiecare pretinzând jurisdicție exclusivă asupra unui teritoriu determinat, face în mod gradual loc unor tipuri alternative de ordonare. Recurgerea *ex post* la drept pentru a oferi reguli adecvate, executare și soluționare a litigiilor este înlocuită printr-o situație în care actorii evită cu anticipație cât mai mult posibil aplicabilitatea legislației pe care ei nu o consideră potrivită pentru a guverna raporturile lor. Cred că această evoluție înspre realizarea unei „legalități”^[49] fără drept este mult mai importantă în înțelegerea denaționalizării dreptului decât eforturile concrete ale organizațiilor europene și supranaționale de a crea norme potrivite pentru piața europeană sau globală. Orice încercare de a trasa peisajul nostru juridic contemporan ar trebui să recunoască aceasta.

^[46] A se vedea Ch. Dellarocas, „The Digitization of Word of Mouth: Promise and Challenges of Online Feedback Mechanisms”, în *Management Science*, vol. 49, 2003, 1407-1424.

^[47] A. Greif și alții, „The Merchant Guild as a Nexus of Contracts”, *The Hoover Institution Working Papers in Economics* E-90-23, 1990, și A. Greif, „Contract Enforceability and Economic Institutions in Early Trade: The Maghribi Traders Coalition”, în *American Economic Review*, vol. 83, 1993, 525-548.

^[48] J. Dator, „Communication Technologies and the Futures of Courts and Law”, în Sam Muller și alții (ed.), *The Law of the Future and the Future of Law*, vol. 2 (Torkel Opsahl EPublisher, Oslo, 2012), în curs de apariție.

^[49] A se vedea Galanter, „Delivering Legality”, 226.